

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: SEXTA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 24/02/2015

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 4117/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 17/02/2015

Procedencia: T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.2

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. M^a Rocío Guerrero Egado

Escrito por:

Nota:

Responsabilidad patrimonial. Daños y perjuicios ocasionados por demora injustificada en el otorgamiento de autorización para ejecución del proyecto "Planta de engorde de peces planos en Touriñan".

RECURSO CASACION Num.: 4117/2012

Votación: 17/02/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Wenceslao Francisco Olea Godoy

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. M^a Rocío Guerrero Egido

S E N T E N C I A

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: SEXTA**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Octavio Juan Herrero Pina

Magistrados:

**D^a. Margarita Robles Fernández
D. Juan Carlos Trillo Alonso
D. José María del Riego Valledor
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D. Diego Córdoba Castroverde
D^a. Inés Huerta Garicano**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, los recursos de casación con el número 4117/2012, interpuesto por el Procurador Don Alejandro González Salinas, en nombre y representación

de la entidad mercantil "INSUIÑA, S.L." y por el Letrado de la Junta de Galicia, contra la Sentencia nº 846/2012, de 20 de septiembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con sede en A Coruña, en el recurso contencioso-administrativo seguido ante ella con el número 4439/08 y acumulado número 4622/2009.

Comparece como recurrido el Letrado de la Junta de Galicia en la representación que ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida de fecha 20 de septiembre de 2012 contiene una parte dispositiva del siguiente tenor literal: *<<Que estimando parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por INSUIÑA, S.L. contra las desestimaciones presuntas de la Consellería de pesca e asuntos marítimos referenciadas en el Fundamento de Derecho PRIMERO de esta sentencia, condenamos a la Administración demandada a que abone a la parte actora la cantidad de 1.091.109'85 euros, así como en el importe que genere la aplicación a la misma del interés legal computado desde el 13 de abril de 2009 hasta la fecha de notificación de esta sentencia; con desestimación de las restantes pretensiones; sin hacer especial condena en costas.>>*

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de la entidad mercantil "INSUIÑA, S.L." y de la Junta de Galicia presentaron escritos ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, preparando recursos de casación contra la misma. La Sala de instancia tuvo por preparado en tiempo y forma los recursos de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en este Tribunal, por la representación de la entidad mercantil "INSUIÑA, S.L." se presentó escrito de interposición de recurso de casación, fundado en dos motivos por la vía casacional que autoriza el artículo 88.1º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por los que se denuncian la vulneración de los siguientes preceptos:

Primero.- De los artículos 139.1º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; del artículo 41.1º de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; artículo 30.a) de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo; y artículo 35.a) de su Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio; así como de la jurisprudencia que interpreta los mencionados preceptos. Se considera por la recurrente que tiene derecho a la indemnización completa de la lesión que se le ha ocasionado con la aprobación del Plan Sectorial y del Proyecto Sectorial de la planta de acuicultura, sin que dicha indemnización haya de limitarse a los gastos del proyecto, como se reconoce por la sentencia de instancia.

Segundo.- Infracción de la jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial por defraudación de la confianza legítima y el derecho de indemnización de los perjuicios ocasionados. Se considera por la defensa de la recurrente que no debe soportar las decisiones arbitrarias de la Administración en orden a la planificación territorial y urbanística, en relación con la totalidad de los gastos generados ni de la pérdida de oportunidad de negocio, por la revocación de la aprobación definitiva del proyecto sectorial de la planta de acuicultura.

Se termina suplicando expresamente a la Sala que *"...dicte sentencia por la que: 1.- Case la impugnada. 2.- Estime los recursos contencioso-administrativos interpuestos por Insuiña, S.L. de conformidad a lo solicitado en las súplicas de nuestros escritos de demanda y según la cuantificación de la lesión económica recogida, al amparo de lo dispuesto*

en el artículo 65.3 de la LJ, en el escrito de conclusiones de la entidad recurrente."

El recurso interpuesto por la Junta de Galicia se funda, a si mismo, en dos motivos, también por la vía del "error in indicando" del artículo 88.1º.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; por los que se denuncian la infracción de los siguientes preceptos:

Primero.- De los artículos 139.1º y 2º de la ya mencionada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con su artículo 3.1º, y de la jurisprudencia que se cita. Se considera que no es aplicable en el presente supuesto el principio de la confianza legítima, como se sostiene en la sentencia de instancia, ya que la jurisprudencia viene excluyendo dicho principio cuando la actuación no es conforme al ordenamiento jurídico, como se estima sucede en el caso de autos.

Segundo.- Del artículo 139.2º de la ya mencionada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, porque se considera que en el presente supuesto no concurre uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, el de la efectividad del daño, porque de haberse ocasionado el perjuicio debe ser imputado también a la misma actuación de la propia perjudicada.

Y termina suplicando expresamente a la Sala que *"...dicte sentencia por la que revocando la recurrida, se acuerde la desestimación íntegra de la demanda"*.

Por Autos de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2013 y 6 de febrero de 2014 se acordó la admisión de ambos recursos de casación, el interpuesto por la representación de "Insuiña, S.L." y el de la Junta de Galicia, respectivamente.

CUARTO.- Tras ello, se les emplazó para que formalizara escrito de oposición, lo que realizaron, mostrando su oposición al recurso de casación interpuesto de contrario y solicitando su desestimación.

QUINTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo la audiencia del día 17 de febrero de 2015, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY**, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso de casación tanto por la mercantil "Insuiña, S.L." como por la Junta de Galicia, contra la sentencia 846/2012, de 20 de septiembre, dictada por la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en los recursos acumulados 4439/2008 y 4622/2009, promovidos por la mencionada mercantil, en impugnación de la desestimación presunta por la Consejería de Pesca y Asuntos Marítimos, de la reclamación de los daños y perjuicios que se le decían ocasionados por la denegación de la concesión de las autorizaciones para la ejecución del Proyecto Sectorial de Incidencia Supramunicipal, denominado "Planta de Engorde de Peces Planos en Touriñan (Muxía)", así como con la aprobación del Plan Sectorial de Ordenación Territorial de Parques de Tecnología Alimentaria en la Costa Gallega. En el segundo de los mencionados recursos se impugnaba la desestimación presunta por la mencionada Administración Autonómica, de la reclamación de los daños y perjuicios por la imposibilidad de ejecución

de la mencionada Planta de Acuicultura, como consecuencia de la Revisión del mencionado Proyecto Sectorial, aprobado por el Consejo de la Junta de Galicia.

La sentencia de instancia estima en parte los mencionados recursos y reconoce el derecho de la sociedad recurrente a la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados, que se fijaban en la cantidad de 1.091.109,85 €.

Las razones que llevan a la Sala de instancia a la conclusión del fallo se contienen, en los que ahora interesa, en el fundamento segundo, en el que se declara: *"... Cabe indicar que mediante sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de dos de febrero de 2012 , revocatoria de la sentencia dictada por esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 22 de enero de 2009, fue desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la también aquí demandante, contra el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, de 22 de junio de 2006, por el que se adoptaron determinadas medidas en relación con la revisión y modificación del plan sectorial de ordenación territorial de parques de tecnología alimentaria en la costa gallega, lo que se apunta para excluir como posible motivo de estimación del presente recurso el referido a una supuesta invalidéz de lo decidido en el referido acuerdo de 22 de junio de 2006. Distinta cuestión es ya la de que habiendo obtenido en su día la actora el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, de 28 de julio de 2005, de aprobación del mencionado proyecto sectorial, la inviabilidad de su ejecución como consecuencia de actuaciones posteriores de la Xunta, sea susceptible de generar ciertos derechos indemnizatorios a favor de la demandante, entre los que cabe ya apuntar que obviamente no se encontrarían los referidos a un lucro cesante al que nunca se tendría derecho toda vez que la actividad ya no estaría permitida a tenor de las posteriores actuaciones de la Xunta cuya validez no ha sido desvirtuada, no siendo así de estimar la petición que por tal cómputo se fija en el escrito de conclusiones en 9.324.751'90 euros. Tampoco se presenta como indemnizable, ni el importe relativo a*

la adquisición de terrenos y bienes naturales de los que la parte actora continúa disponiendo tras adquirirlos por un valor correspondiente a su naturaleza, ni el referido a unas hipotéticas subvenciones que no se corresponden con la realidad aquí contemplada, si bien en todo caso, en el escrito de conclusiones de la parte actora ya no se insta indemnización por los dos últimos conceptos mencionados abandonando las iniciales peticiones deducidas al respecto y siendo irrelevante para el presente litigio la mención a distintos planteamientos de futuro. Por el contrario, sí merecen ser indemnizados aquellos gastos que la parte actora haya sufrido en relación a la obtención de la aprobación del proyecto sectorial en el año 2005 ya que tales gastos se corresponden con la legítima confianza de su utilidad ante el inicial y significativo respaldo de la propia Administración, encontrándonos así ante lo previsto en el artículo 139, números 1 y 2 L.R.J.P.A., con la producción de un daño por la inutilidad de los gastos sufridos en relación con la referida obtención, daños cuyo origen en un funcionamiento no ilegítimo de la Administración, deben ser adecuadamente compensados en cuanto que derivados de dicha legítima confianza exceden de los que la parte actora estaría obligada a soportar, de manera que aunque no es asimilable al caso el supuesto de pérdida de aprovechamiento al que se refiere el invocado artículo 41.1 Ley 6/1998, sí lo es el mencionado y también indicado artículo 139 L.R.J.P.A., con el referido alcance de compensación de los gastos sufridos. Entrando en la determinación del importe de estos últimos ha de acudirse al informe pericial realizado por perito judicialmente designado y del que son asumibles a los presentes efectos, los denominados como <<gastos de primer establecimiento>> por importe de 122.957'53 euros, correspondientes a estudios ambientales, topográficos, analíticos de las aguas, prospecciones arqueológicas, certificaciones... y los correspondientes a <<instalaciones técnicas en montaje>> por importe de 968.152'32 euros, siendo de significar que tales indicaciones y conclusiones del informe pericial apoyadas en las anotaciones contables de los libros de la actora y correspondiente documentación, no han sido objeto de desvirtuación por la demandada mediante la presentación u ofrecimiento de prueba alguna al respecto, de lo que resulta en definitiva

una estimación parcial del presente recurso debiendo indemnizar la demandada a la parte actora en la cantidad de 1.091.109'85 euros, así como en el importe que genere la aplicación a la misma del interés legal computado desde el 13 de abril de 2009 hasta la fecha de notificación de esta sentencia."

A la vista de los razonamientos expuestos se formulan los recursos de la perjudicada y de la Administración, fundados en dos motivos cada uno de ellos, por la vía del "error in iudicando", denunciando la vulneración de los artículos 139.1º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; del artículo 41.1º de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; artículo 30.a) de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo; y artículo 35.a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio; así como de la jurisprudencia que interpreta los mencionados preceptos, en el primer motivo de la sociedad; y de la jurisprudencia sobre la confianza legítima, en el segundo motivo de su recurso. Por lo que se refiere al recuso de la Junta de Galicia, se considera infringido por la sentencia el ya mencionado artículo 139, en sus apartados primero y segundo, en los dos motivos.

Cada una de las partes suplican que se anule la sentencia de instancia y, dictado otra en sustitución, se reconozcan las pretensiones accionadas en la demanda o en la contestación a la misma.

Ambas partes se oponen al recurso deducido de contrario y suplican la desestimación del recurso de la contraria. No obstante, la defensa de la sociedad recurrente suscita y suplica la inadmisibilidad del recurso de la Administración, por considerar que los dos motivos en que se funda suscitan cuestiones a las que no se hacía referencia en el escrito de preparación del recurso.

SEGUNDO.- Por razones de lógica procesal, el examen de las cuestiones que se suscitan en los presentes recurso ha de comenzar por las objeciones formales que se oponen por la defensa de la mercantil al recurso de casación interpuesto por la Administración. Se aduce en este sentido en el escrito de oposición al recurso que el preliminar escrito de preparación no se atenía a las exigencias que impone el artículo 89.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En concreto, lo que se reprocha al mencionado trámite es que no se hace referencia en esa fase de preparación a las cuestiones que se suscitan en los dos motivos en que funda el recurso de la Administración, en concreto, al tema de la confianza legítima como título de imputación, con la finalidad de excluirla, que es el fundamento del motivo primero; de otra parte, que nada se ha mencionado en aquel trámite preliminar del recurso a la exigencia de que el daño, para ser indemnizable, ha de ser definitivo, que es lo que se cuestiona en el segundo de los motivos de la Junta de Galicia.

La mencionadas objeciones formales no pueden ser acogidas porque, como impone el mencionado precepto, lo que se exige en el escrito de preparación del recurso es una *"sucinta exposición de los requisitos exigidos"*, exposición que ciertamente la jurisprudencia viene considerando -por todos, auto de 25 de noviembre de 2010, recurso de casación 1886/2010- que se impone por el Legislador *"con la evidente finalidad de permitir al mismo Tribunal que ha dictado la resolución judicial efectuar un primer juicio sobre la procedencia del recurso y constatar si se dan las condiciones previstas en la Ley de la Jurisdicción para darle trámite y remitir lo actuado ante el Tribunal Supremo; y con el propósito de proporcionar a la parte recurrida información acerca de los motivos en que se fundamentará el recurso de casación. Obvio es que esa finalidad sólo puede cumplirse si la Sala a quo y las partes disponen de toda la información necesaria para formar criterio sobre tal cuestión; de ahí que sea carga del interesado en recurrir en casación proporcionar ya en el escrito de preparación los datos indispensables para comprobar el cumplimiento de esos requisitos... a esos requisitos ha de añadirse la*

necesidad de anticipar en el mismo escrito de preparación los concretos motivos -de entre los previstos en el artículo 88.1 LJCA- en que se fundamentará el escrito de interposición, cualesquiera que sean en cada caso dichos motivos...".

Teniendo en cuenta esa exigencia formal, es lo cierto que de la lectura del escrito de preparación del recurso de la Administración se constata la transcripción del pasaje de la sentencia que, a juicio de la defensa, se considera vulneradora de los preceptos en que se decía fundar los motivos del recurso, en concreto, la referencia al ya mencionado principio de la confianza legítima, así como a la exigencia legal de la antijuridicidad del daño, que es lo que constituye el fundamento del segundo de los motivos del recurso.

Y no otra conclusión que la ya expuesta, fue a la que llegó la Sección Primera de esta Sala Tercera al resolver el incidente de admisión del recurso de la Administración, en el auto de 6 de febrero de 2014, cuando declara tener por admitido, también, dicho recurso. Y, por cierto, debe añadirse a lo expuesto que aun cuando es cierto, como en el escrito de oposición se deja constancia por la defensa de la mercantil, que el trámite de admisión no precluye el derecho a solicitar la inadmisión del recurso en un momento posterior, también en el escrito de oposición (artículo 93 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), es lo cierto que ello ha de ser respecto de cuestiones que no pudieran haber sido suscitadas en aquel trámite específico, por ser una de las causas susceptibles de ser revisadas en dicho momento, como lo es la formalidad del escrito de preparación del recurso.

Procede rechazar la inadmisibilidad del recurso de la Administración autonómica.

TERCERO.- Para un adecuado tratamiento de las cuestiones que se suscitan en los dos recurso de casación que se interponen contra la sentencia de instancia, es necesario hacer referencia a los presupuestos

que subyacen en la actividad administrativa que había sido objeto de impugnación ante la Sala de instancia, habida cuenta de que, como veremos, los motivos de una y otra parte están fundados en las mismas normas y jurisprudencia, bien que invocadas, obviamente, en sentido alternativo, conforme a los intereses de una y otra parte recurrente.

Las actuaciones, en lo que respecta al debate que se suscita en el presente proceso, traen causa de la petición efectuada en mayo de 2003 por la sociedad ahora recurrente, para la aprobación de un Proyecto Sectorial de Incidencia Supramunicipal, denominado "Planta de Engorde de Peces Planos", en Toriñan-Muxía (la Coruña).

A los efectos de comprensión de la mencionada petición, es necesario recordar que los mencionados Proyectos Sectoriales de Incidencia Municipal, aparecían contemplado en la Ley Autonómica 10/1995, de 23 de noviembre, de Ordenación del Territorio de Galicia, como uno de los instrumentos de ordenación territorial (artículo 4), cuyo desarrollo se establecía en el Decreto Autonómico 80/2000, de 23 de marzo, por el que se Regulan los Planes y Proyectos Sectoriales de Incidencia Supramunicipal. El artículo segundo del Decreto determina la finalidad de estos Proyectos, al señalar que su objeto es *"regular la implantación territorial de las infraestructuras, dotaciones e instalaciones de interés público o utilidad social cuando su incidencia trascienda del término municipal en el que se localicen, por su magnitud, importancia o especiales características, o que se asienten sobre varios términos municipales."*

Es importante señalar que, conforme al artículo 3.1º del Decreto: *"Las determinaciones contenidas en los planes sectoriales de incidencia supramunicipal tendrán fuerza vinculante para las administraciones públicas y para los particulares y prevalecerán sobre las determinaciones del planeamiento urbanístico vigente"*. Para añadirse en el apartado segundo del precepto, como lógico congruencia con esa preeminencia de los Proyectos, que *"Los municipios en los que se asienten las*

infraestructuras, dotaciones o instalaciones objeto de un plan sectorial deberán adaptar su planeamiento urbanístico al contenido del citado plan, en el plazo que determine este último y, en todo caso, en la primera modificación o revisión del planeamiento urbanístico."

Finalmente, en lo que interesa al presente recurso, debe recordarse que conforme al párrafo tercero de este artículo 3, se exige que *"La ejecución de las infraestructuras, dotaciones o instalaciones objeto de un plan sectorial requerirá la previa aprobación de uno o varios proyectos sectoriales."*

A los efectos de la aprobación del mencionado Proyecto de Interés Supramunicipal interesado por la sociedad, por Acuerdo del Consejo de Galicia de 22 de julio de 2005, se aprueba definitivamente el Plan Sectorial de Ordenación Territorial de Parques de Tecnología Alimentaria en la Costa Gallega. De manera inmediata y al amparo de dicho Plan, en el acuerdo del Consejo de Galicia del día 28 de ese mismo mes de julio de 2005, a propuesta de la Dirección General de Recursos Marinos, se procede a la aprobación del Proyecto Sectorial de Incidencia Supramunicipal denominado "Planta de Engorde de Peces Planos en Touriñan-Muxía", promovido por "Insuiña, S.L.". Dicha resolución se publica en el Diario Oficial de Galicia del día 11 de agosto de 2005 y se ordenaba su entrada en vigor al día siguiente de dicha publicación. Dicho Proyecto se aprobaba al amparo de la normativa autonómica antes mencionada.

Antes de que se acometiera la ejecución de las obras del Proyecto aprobado, en fecha 19 de mayo del año siguiente, de 2006, se emite un informe por la Consejería de Pesca y Asuntos Marinos, en el que se pone de manifiesto una serie de irregularidades en la tramitación del Plan Sectorial de Ordenación Territorial de Parques de Tecnología Alimentaría en la Costa Gallega, por lo que se proponía iniciar los trámites para su modificación y, mientras tanto, acordar su suspensión, afectando dicha medida a los proyectos que se hubiesen presentado al amparo de dicho

Plan y cuyas instalaciones se pretendan instalar en espacios integrados en la "Red Natura 2000", no afectando dicha suspensión a los espacios no integrados en la mencionada red ecológica europea. En acatamiento de dicho informe, por acuerdo del Consejo de la Junta e Galicia celebrado el día 22 de junio de 2006, se ordena iniciar los trámites de revisión y modificación del mencionado Plan Sectorial, así como suspender su eficacia y la tramitación de los proyectos que a su amparo debieran instalarse en espacios integrados en la Red Natural 2000, entre ellos el Proyecto de Interés Supramunicipal promovido por la sociedad recurrente en la instancia.

Es de indudable trascendencia a los efectos del debate suscitado en este recurso, que ese acuerdo de junio de 2006, fue objeto de impugnación en vía contencioso-administrativo ante la Sala Territorial de Galicia, en el recurso 4510/2006, en el que se dicta la sentencia 62/2009, de 22 de enero, en la que se bien se estimaba el recurso de Insuñza, S.L., y se anulaba el mencionado acuerdo, manteniendo la vigencia del Plan cuya suspensión se había acordado, es lo cierto que en la fundamentación de la sentencia se ponía de manifiesto que la finalidad de la modificación era el incumplimiento por parte de la Administración gallega, a la hora de proceder a la aprobación del Plan, de una normativa que se considera de esencial vinculación en la aprobación de un Instrumentos del Planeamiento como el aprobado, en concreto y conforme se razonaba en el fundamento tercero de la sentencia citada, que *"se omitió la previa declaración de impacto ambiental, preceptiva con arreglo a normativa medioambiental, por lo que, en definitiva, se está reconociendo que no se trata de un cambio en los criterios de planificación que justifiquen la modificación sino de intentar sanar un defecto procedimental, que podría ser determinante de la nulidad de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en el Art. 62.1 e) de la LPAC..."*. A juicio de la Sala territorial dicha modificación se amparaba en el artículo 14 del mencionado Decreto de 2000, conforme al cual la *"modificación de los planes y proyectos sectoriales"*, podrán realizarse por los mismos trámites seguidos para su aprobación.

Con tales premisas concluía la Sala de instancia que lo procedente habría sido, invocándose un motivo de nulidad de pleno Derecho del Plan y de los Proyectos que legitima, la tramitación del procedimiento de revisión de tales actos que se establecen en los artículos 102 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que, al haberse omitido en el caso de autos, comportaban la nulidad del acuerdo de modificación y llevaba a la estimación de la demanda.

La sentencia de la Sala de Galicia fue objeto de recurso de casación, que se siguió con el número 2463/2009, en el que se dicta sentencia en fecha 2 de febrero de 2012 estimando dicho recurso y, tras casar la sentencia de instancia, se dicta otra en sustitución en la que, desestimando el recurso de Insuñza, S.L., se confirma el acuerdo de Modificación del ya mencionado Plan.

Las razones que llevaron a la decisión de esta Sala casacional partían de la misma premisa que la sentencia de la Sala territorial de que el Plan aprobado adolecía de una causa de nulidad de pleno Derecho, consistente en que por aplicación de la normativa europea, y su trasposición nacional y autonómica, la afectación del Plan a espacios declarado integrados en la Red Natura 2000, el mencionado Plan no incluía, como era preceptiva *"una evaluación previa de impacto ambiental de los espacios protegidos afectados, refiriéndose a los comprendidos en la RED NATURA."* Es importante señalar que en la fundamentación de la sentencia y en contra de las alegaciones que se hacen en los motivos del recurso de la sociedad perjudicada, dicha evaluación no se refería a los diferentes proyectos que podrían legitimarse con dicho Plan, sino del mismo instrumento del planeamiento.

No obstante, se considera en la sentencia de casación, que esa nulidad no debería necesariamente ser corregida por la vía de los trámites del procedimiento de la revisión de oficio de los artículos 102 y

siguientes de la ya mencionada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; sino que *"puede también -la Administración- depurar o corregir los eventuales defectos de forma, de procedimiento o de fondo advertidos en una disposición mediante el dictado una nueva que subsane el defecto advertido. Lo contrario supone cercenar o restringir injustificadamente el ejercicio de la potestad reglamentaria a la Administración, que, claro es, también comporta la posibilidad de reformar lo previamente reglamentado. En suma, en contra de lo razonado por la sentencia recurrida, nada impide que la Administración sustituya los reglamentos que ha dictado por otros nuevos aun con el fin de subsanar vicios que incurran en alguna de las causas de nulidad radical."*

Durante la tramitación de los mencionados procesos, por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Galicia, de 28 de agosto de 2008, se aprueba el nuevo Plan Gallego de Acuicultura, publicado en el Boletín Oficial de Galicia de 17 de septiembre de 2008, que se hacía como consecuencia de la Revisión del Plan Sectorial de los Parques de Tecnología Alimentaria, que sustituía al de 2005, que se declara sin efecto. Así mismo se acordaba en dicha sesión que se levantaba la suspensión de los proyectos que se había suspendido durante la tramitación declarando, expresamente que se dejaba sin efecto el Proyecto Sectorial de Incidencia Supramunicipal denominado "Plan de Engorde de Peces Planos de Touriñan, Muxía", promovido por "Insuiña, S.L.", que había sido aprobado en 2005, por incompatibilidad con el Plan Gallego de Acuicultura.

CUARTO.- A la vista de lo expuesto hemos de examinar el primero de los motivos en que se funda el recurso de la perjudicada que, como ya se dijo, por la vía del "error in iudicando" denuncia la infracción de los artículo 139.1º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 41.1º de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; 30.a) de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo; y 35.a)

del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio; así como de la jurisprudencia que interpreta los mencionados preceptos. Es decir, preceptos todos referidos a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, el primero de ellos como regulación general de la institución y los restantes preceptos, los que en el ámbito temporal a que se refiere la reclamación han regulado la responsabilidad por cambio de planeamiento urbanístico.

Pero también a esa misma institución está referido el primero de los motivos del recurso de la Administración, fundado en la pretendida vulneración de los párrafos primero y segundo del invocado artículo 139, en relación con su artículo 3.1º y de la jurisprudencia que se cita. Se considera que no es aplicable en el presente supuesto el principio de la confianza legítima, como se sostiene en la sentencia de instancia, ya que la jurisprudencia viene excluyendo dicho principio cuando la actuación no es conforme al ordenamiento jurídico, como se estima sucede en el caso de autos.

Referido el debate a la institución de la responsabilidad patrimonial que se regula en el precepto mencionado, es necesario que recordemos que esta cuestión de las responsabilidades a que podría dar lugar la Modificación del Plan ya se había suscitado en los recursos que se interpusieron contra el inicio de las actuaciones de modificación y suspensión de los Proyectos. A ello se refiere la sentencia de casación antes mencionada en su fundamento tercero, rechazando el argumento que se había sostenido en la sentencia de instancia de que el procedimiento de revisión de oficio habría permitido fijar las indemnizaciones que fueran procedentes con la declaración de nulidad de pleno Derecho; reprochando que haber omitido la Administración dicho procedimiento estuviera motivado por excluir esa declaración. No lo considera así la sentencia de casación que, tras rechazar la imperatividad de esa declaración de responsabilidad en el procedimiento de revisión de oficio, declara que *"en la vía alternativa acogida por la Administración autonómica -Modificación del Plan-, nada impide que si de la nueva*

ordenación o por cualquier otra circunstancia surgen supuestos indemnizatorios, éstos puedan establecerse o exigirse a través de los procedimientos previstos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Ello sin olvidar que el vacío normativo que produciría una eventual declaración de nulidad por el cauce del artículo 102 podría ser en buena medida la causa generadora del deber de indemnizar. Y aun cabe añadir que en los supuestos de revisión de oficio, tratándose de una disposición de carácter general, subsisten los actos firmes dictados en su aplicación (artículo 102.4, in fine, en la redacción dada por la Ley 4/1999), cuando lo que pretendía con el acuerdo administrativo impugnado en el proceso, además de revisar el Plan Sectorial, era la suspensión de los proyectos en trámite y los aprobados que afecten a los espacios protegidos, finalidades éstas para las que carece de utilidad el procedimiento de revisión de oficio de las disposiciones generales, ya que no comunica la nulidad a los actos de aplicación.

Esto último es relevante porque la singularidad de la vía de la revisión de oficio radica en los efectos ex tunc o eficacia retroactiva que son propios de una declaración de nulidad, frente a la derogación o modificación que, salvo previsión expresa y posible, limitaría las consecuencias hacia el futuro (ex nunc). Pero tal diferencia queda en buena medida desdibujada desde el momento en que, como acabamos de señalar, la declaración de nulidad recaída en procedimiento de revisión de oficio referido a una disposición no impide que subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma (artículo 102.4 ya citado)."

QUINTO.- Teniendo en cuenta lo antes señalado y el contenido de la sentencia aquí recurrida, es lo cierto que ambos motivos de los recursos merecen una previa delimitación. En efecto, en relación con el motivo primero del recurso de la perjudicada, difícilmente puede reprocharse a la sentencia de instancia haber vulnerado el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común, cuando precisamente la sentencia aplica el mencionado precepto para declarar que concurre un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica con la Modificación del Plan que evitó la efectividad del Proyecto de Interés Supramunicipal que ya nos es conocido. No es eso en realidad lo que se está reprochando en el primer motivo de la perjudicada, sino que lo denunciado es propiamente el quantum de la indemnización o, si se quiere, de los daños y perjuicios que deben ser imputados a la actividad administrativa, a la Modificación del Plan que impedía la aprobación del Proyecto de Interés Supramunicipal.

Bien es verdad que la invocación que se hace en el motivo a la normativa reguladora de las indemnizaciones en supuestos de modificación de los instrumentos del planeamiento, en concreto, a los artículos tanto de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones y de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo y su Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que regulan la materia tras la derogación de aquella primera. Es manifiesto que la invocación de la mencionada legislación específica pretenden precisamente determinar el alcance de esa cuestión de los daños indemnizables, en un a modo de reconducir la pretensión indemnizatoria a dichos preceptos cuyo alcance se considera por la defensa de la perjudicada que son más específicos para el éxito de su pretensión. Y precisamente en la invocación de dichos preceptos lo que se viene a cuestionar es que la Modificación del Plan estaba motivada por una intencionalidad política -"el vuelco político... el nuevo Gobierno decidió... la alteración prematura... ejemplo escandaloso de prematura revisión del planeamiento..."-, cuando si hay algo que ha quedado claro ya en las dos sentencias que revisaron el acuerdo de Modificación del Plan era que el mismo estaba viciado de nulidad de pleno derecho y que fue precisamente ese vicio el que se había puesto de manifiesto en los informes que sirvieron de precedentes a la decisión administrativa de proceder a corregir los defectos que constituían dicho vicio, tanto más relevantes porque afectando a una disposición general que no había sido

objeto de recurso directo, nada impedía que pudiera ser invocada en los concretos actos de aplicación con la indeseable situación de afectar a situaciones de hecho ya consumadas en mayor grado en la que lo serían de haberse procedido de manera inmediata a su subsanación. Es importante lo expuesto porque el reproche que se hace a la sentencia en la omisión de los mencionados preceptos de naturaleza urbanística no pueden desconocer que en la fundamentación de la sentencia, como ya hemos visto, se parte precisamente de ese vicio de nulidad del Plan en que se amparaba el Proyecto de Interés Supramunicipal promovido por la perjudicada. Es decir, no es caprichosa la omisión a dichos preceptos en la sentencia, porque la misma Sala territorial razona en sus fundamentos de la sentencia en que se impugnaba la modificación del Plan, que no se trataba de una potestad de modificación de los criterios de planificación, sino de corregir vicios de nulidad.

Sirvan las anteriores consideraciones a los efectos del debate aquí apuntado en orden a la aplicación de los mencionados preceptos típicos de nuestro tradicional derecho urbanístico, porque cuando esa normativa -en la actualidad el invocado artículo 35.a) del Texto Refundido- reconoce el derecho de indemnización a los particulares que se sientan lesionados en sus bienes y derechos por "*cambio de la ordenación territorial*", es indudable que la norma está haciendo referencia a una alteración de esa ordenación en el ejercicio de "*ius variandi*" de la Administración, en cuanto que titular de la potestad planificadora. Que es precisamente lo que se rechaza en las sentencias a que nos hemos referido.

Queden apuntados los anteriores razonamientos para delimitar la vulneración de los mencionados preceptos que se invocan en el motivo, en el bien entendido de que, como ya se dijo, la propia sentencia parte de que concurren los presupuestos de la responsabilidad patrimonial y se aplica el precepto que genéricamente regula la institución.

Ahora bien, esta Sala ha de mantener el criterio de la Sala de instancia y remitido el motivo que examinamos del recurso de la expropiada a la cuantía de la indemnización, que no es lo que se razona en el mismo, resulta indudable que el mero hecho de que la modificación del planeamiento tuviera por finalidad la subsanación de un vicio de nulidad de pleno derecho no puede llevar a la indemnización del rendimiento que habría proporcionado a la recurrente la instalación de la Plan de actividad de acuicultura proyectada, porque dicha planta en modo alguno era conforme a la legalidad urbanística tras la modificación del planeamiento para adoptarlo a la legalidad, lo cual constituía una exigencia de la misma Administración. Y vanos han de resultar pretender ahora contradecir lo ya declarado en las sentencia a que antes se hizo referencia e incluso en la recurrida, sobre la concurrencia de dicha causa de nulidad.

La conclusión de lo expuesto comporta que debe desestimarse el primer motivo del recurso de la perjudicada.

SEXO.- La conclusión anterior comporta, de otra parte, la desestimación del motivo primero del recurso de la Administración. En efecto, como ya dijimos, lo que se cuestiona en dicho motivo es que en el presente supuesto no concurren los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, conforme a la exigencia que de la institución se impone en el artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el principio de la confianza legítima del artículo 3.1º de dicha Ley.

No podemos compartir ese argumento porque, dejando para un momento posterior la referencia a la exigencia de la confianza legítima, es lo cierto que a la recurrente se le ocasionaron unos concretos perjuicios como consecuencia de la aprobación de una Proyecto de Interés Supramunicipal para la construcción de una Plata de Engorde de Peces Planos que, aun cuando había sido aprobado, posteriormente se

ha dejado sin efecto. Y esa mera aprobación le ha comportado unos perjuicios a la sociedad recurrente, porque con fundamento en esa aprobación, a juicio de la Sala de instancia que no ha sido contradicha, procedió a la realización de unas necesarias actuaciones para la efectividad de la construcción de la planta, que han quedado ineficaces con la declaración de nulidad del Plan en que se amparaba el Proyecto. Y esos concretos gastos -los reconocidos en la sentencia-, que han resultado inútiles, tenían una causa directa e inmediata de la decisión administrativa de aprobar un Proyecto que posteriormente se constató que estaba afectado, "ab initio", de un vicio de nulidad de pleno derecho; de tal forma que sin dicha aprobación no se habrían ocasionado dichos gastos.

Es decir, conforme a lo que se razona en la sentencia de instancia y se acepta por esta Sala casacional, a la perjudicado se le ha ocasionado un daño, que no tenía el deber jurídico de soportar, que traía causa directa inmediata y directa de una decisión administrativa posteriormente revocada; lo cual comporta aceptar que concurren los presupuestos de la institución de resarcimiento en que se fundaba la pretensión de la recurrente en la instancia.

Y a ello no puede oponerse, como se pretende en el recurso de la Administración, que ni el daño era efectivo, por no ser definitivo -que es el fundamento del motivo segundo del recurso de la Administración-, ni que no existía ilegalidad en la actividad administrativa. Lo primero, porque claramente se declara en la sentencia de instancia y resulta de las actuaciones que el Proyecto de Engorde de Peces pretendida por la mercantil resultaba ya imposible de ejecutar en la ubicación pretendida, precisamente por tratarse de terrenos integrados en la Red Natura 2000. Y en relación con la pretendida legalidad de la decisión administrativa, porque, en primer lugar, la institución de la responsabilidad, precisamente por su naturaleza objetiva y directa que le es propia, hace abstracción de la legalidad o no de la actividad originadora del daño, porque dicha responsabilidad procede tanto por el funcionamiento normal como

anormal de la Administración. De otra parte, que es cierto que era legal la declaración de nulidad y así ha sido sancionada en sentencia, como hemos visto, pero esa legalidad de la declaración de nulidad deja en evidencia la irregular aprobación del Plan y del Proyecto; y de esa primera declaración de donde traen causa los daños que se resarcan en la sentencia de instancia.

La conclusión de lo razonado es que procede la desestimación de los dos motivos del recurso de la Administración.

SÉPTIMO.- Resta por examinar los argumentos que se dan en los motivos segundo de la mercantil, y se hace referencia también en el primero de la Administración, de reprochar a la sentencia de instancia vulnerar la exigencia de la confianza legítima.

Los razonamientos que se hacen en los motivos del recurso al mencionado principio que deben respetar las Administraciones Públicas en su actuación, conforme se dispone en el artículo 3.1º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, constituye una exigencia que, conforme ha declarado reiteradamente la jurisprudencia -se deja constancia en los recursos de ambas partes- puede generar responsabilidad patrimonial. Ahora bien no es eso lo que se razona en la sentencia de instancia.

En efecto, es cierto que la sentencia de instancia hace referencia a la "legítima confianza" de la perjudicada, pero no lo es para determinar el título de imputación de los daños a la actividad administrativa, ese título, como se razona en la sentencia, fue la aprobación de un proyecto viciado de nulidad. La invocación que se hace a dicho principio, lo es a los efectos de fijar las partidas indemnizables, considerar que los gastos que se reconocían estaban basados en la legítima actuación que a la promotora del Proyecto le habían generado la aprobación luego declarada nula de pleno Derecho.

Lo expuesto comporta que no pueden aceptarse los reparos que de una y otra parte recurrentes se hacen a la sentencia sobre el alcance y naturaleza del principio de la confianza legítima que, insistimos, no es el título de imputación del que se parte en la sentencia de instancia. De otra parte, no se niega ni por la defensa de la Administración ni de la perjudicada, que la invocación a la legítima actuación de ésta pueda extenderse más allá de lo declarado en la sentencia; de una parte, porque los gastos de elaboración del proyecto y los restantes reconocidos en la sentencia traen causa directa de la legítima actuación de la recurrente -no se acredita otra cosa- una vez que le fue notificada la aprobación del Proyecto; de otra parte, que como ya antes se dijo, la perspectivas de ganancia que podrían haberse obtenido con la instalación no pueden integrarse en la indemnización porque dicha instalación era imposible de ser efectiva a la vista de la decisión sobre la nulidad del planeamiento que la autorizaba, haciendo imposible la obtención de dichos rendimientos.

OCTAVO.- La desestimación de los recurso de casación interpuesto por ambas partes y la oposición a los mismos que se hacen por la contraria, determina que no proceda hacer concreta imposición de costas, de conformidad con lo prevenido en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución.

F A L L A M O S

No ha lugar al presente recurso de casación número 4117/2012, promovido por la representación procesal de "INSUIÑA, S.L." y por el LETRADO DE LA JUNTA DE GALICIA, contra la Sentencia nº 846/2012, de 20 de septiembre, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia,

en los recursos contencioso-administrativo acumulados 4439/08 y 4622/2009, sin hacer expresa condena en cuanto a las costas.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, haciendo constar que es firme y no procede interponer recurso alguno.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. **Wenceslao Francisco Olea Godoy**, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.